Der Ausschluss

von der

Geschäftsführung

bei der

offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Panayotti Milliotti

bacc. iur. aus Konstantinopel.

Leipzig

Druck von Walter Wigand

1906.

ΔΗΜΗΤΡΙΩι ΚΑΙ ΕΥΦΡΟΣΥΝΗι ΜΗΛΙΩΤΟΥ

ΤΟΙΣ ΦΙΛΤΑΤΟΙΣ ΓΟΝΕΥΣΙ

ΚΑΙ

ΠΗΝΕΛΟΠΗι ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ ΠΑΣΣΑ

ΤΗι ΠΡΟΣΦΙΛΕΙ ΘΕΙΑι

ΕΥΓΝΩΜΟΣΥΝΗΣ ΚΑΙ ΑΓΑΠΗΣ

ΕΝΕΚΕΝ.

Literatur.

Adler, Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen D. H.G.B. Bd. II. Erlangen 1870.

Archiv für civilistische Praxis. Bd. 86.

Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19.

Archiv für Theorie und Praxis des deutschen H.R., herausgegeben von Busch. Bd. IV, VIII.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot. Bd. 37.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I, Abt. I. 1886.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen und Leipzig 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1903, Bd. II, 1901.

Denkschrift zum H.G.B. Guttentagsche Ausgabe. Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1. und 2. Aufl. Bd. II. 1901.

Düringer-Hachenburg, Das deutsche H.G.B. Bd. I. Mannheim 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. I. 1881.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 2. Auflage.

Entscheidungen des R.G. in Civilsachen. Bd. 7, 9, 22, 24.

Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 13, 15, 20, 25.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, bearbeitet von Cosack. Jena 1895.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Gierke, Grundzüge des Handelsrechts, in der Encyklopädie von Kohler-Holtzendorf. 1903.
v. Górski, Die Geschäftsführung und Vertretung bei der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.
Goldmann, Kommentar z. H.G.B. 5. Liefg. II. Bd. I. Heft. 1901.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 30, 35, 36, 37, 39.
v. Hahn, Kommentar zum Allg. D. H.G.B. 3. Aufl. 1879.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausg. von J. Konrad, L. Elster, W. Lexis, Edg. Loening. 2. Aufl. Jena 1900.
Haidlen, Das bürgerliche Gesetzbuch. Stuttgart 1897.
Hergenhahn, Die offene Handelsgesellschaft. 1894.
Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. 1899.
Lehmann, Das Konkurrenzverbot. Dissertation. Leipzig 1902.
Makower, Kommentar zum H.G.B. 1901.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin und Leipzig 1888.
Müller, Die Haftung der Gesellschafter nach dem B.G.B. Dissertation. Leipzig 1903.
Planck, Kommentar zum deutschen B.G.B. seit 1897.
Puchelt, Kommentar zum Allg. D. H.G.B. Bd. I. Leipzig 1876.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881.
Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. Jahrgang XIII, Heft I.
Sohm, Die deutsche Genossenschaft. Leipzig 1887.
Stapenhorst, Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht bei der Gesellschaft des B.G.B. Dissertation. Greifswald 1901.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Auflage. 1900.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 1875.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. (besorgt von Kipp). 1900.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	9
§ 2.	Die Geschäftsführung, ihr Begriff und ihr Gegensatz zur Vertretungsmacht	11
§ 3.	Entstehung und Untergang der Geschäftsführungsbefugnis	22
§ 4.	Regelung der Geschäftsführung und ihre Arten	27
§ 5.	Umfang des Ausschlusses von der Geschäftsführung im allgemeinen	30
§ 6.	Umfang des Ausschlusses von der Geschäftsführung im einzelnen	43

§ 1.

Einleitung.

Es ist eine im gewerblichen Leben häufige Erscheinung, dass sich mehrere Personen zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens verbinden, und zwar so, dass die einen nur das Kapital dazu hergeben, die anderen aber neben ihrer eventuellen Kapital-Beteiligung die Arbeitskraft liefern d. h. die Geschäfte des Unternehmens leiten.

Unser Handelsrecht hat hierfür drei Gesellschaftsformen ausgebildet: die stille Gesellschaft, die Kommanditgesellschaft und endlich die offene Handelsgesellschaft, wo Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und sich eben nur mit Kapital beteiligen. Der Unterschied dieser drei Gesellschaftsformen ruht darin, dass bei der stillen Gesellschaft der betreffende Kapitalist den Gläubigern des Unternehmers prinzipiell überhaupt nicht haftet; der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern zwar haftet, aber nur beschränkt; der von der Geschäftsführung ausgeschlossene offene Gesellschafter aber den Gläubigern unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen haftet [1]). Mit einer Gesellschaft letzterer Art werden die Gläubiger, da ihnen ja hier die grösste Garantie geboten wird, bei Vornahme von Kreditgeschäften naturgemäss am liebsten kontrahieren, daher ist diese Gesellschafts-

1) Vgl. R. Sohm, Die deutsche Genossenschaft S. 28 ff., 35 ff.

form im gewerblichen Leben eine sehr häufige Erscheinung. Mit der Rechtsstellung dieses von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters soll sich nun vorliegende Untersuchung insoweit befassen, als derselbe infolge des Auschlusses von der Geschäftsführung seinen Mitgesellschaftern gegenüber eine Sonderstellung einnimmt.

Daraus ergibt sich, dass in den Rahmen der Arbeit diejenigen Rechte und Pflichten des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters nicht gehören, welche allen Gesellschaftern gemeinsam sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind oder nicht. Bei unseren Erörterungen werden wir in der Weise verfahren, dass wir zunächst die Stellung des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters im allgemeinen, nämlich zur Gesellschaft überhaupt, klarzustellen versuchen; sodann werden wir zum Gegenstand unserer Betrachtungen die einzelnen Rechtsverhältnisse machen, bei welchen der Nichtgeschäftsführende eine Sonderstellung einnimmt.

Dabei entscheidet in erster Linie der Wille der Gesellschafter, der durch den Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gelangt. In zweiter Linie kommen die Vorschriften des H.G.B. ergänzend in Betracht, soweit diese Vorschriften eben durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen sind[2]).

Da aber die offene Handelsgesellschaft eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist, so werden die Vorschriften des B.G.B., wo Gesellschaftsvertrag

---

2) Vgl. Gierke im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 120. Vgl. auch Staub, Kommentar zum H.G.B. Anm. zu § 105. Makower, Kommentar zum H.G.B. Anm. zu § 105. Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. Anm. zu § 105. Goldmann, Kommentar zum H.G.B. Anm. zu § 105.

und H.G.B. (als ius singulare) schweigen, in Anwendung zu bringen sein[3]).

§ 2.

Die Geschäftsführung, ihr Begriff und ihr Gegensatz zur Vertretungsmacht.

Die zum Betriebe eines Handelsgewerbes erforderlichen Handlungen können von zwei Gesichtspunkten aus betrachtet werden und demgemäss verschieden zu behandeln sein. Einerseits können sie nämlich betrachtet werden in Hinblick auf das innere Verhältnis, d. h. auf die Verhältnisse der Gesellschafter „unter einander", andererseits in Hinblick auf das äussere Verhältnis, d. h. auf die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten[1]).

Der Ausdruck „unter einander" bezeichnet das Verhältnis der Gesellschafter zu einander innerhalb der Gesellschaft und steht im Gegensatz zum Verhältnisse der Gesellschafter zu Dritten (Verhältnis nach aussen).

Der Ausdruck „unter einander" ist ferner restriktiv aufzufassen; denn dazu gehören nicht alle Beziehungen, die unter den Gesellschaftern womöglich entstehen können, sondern nur die Beziehungen, in denen ein Gesellschafter „als solcher" kraft seiner Mitgliedschaft und Angehörigkeit zur Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses seinen Mitgesellschaftern gegenüber steht.

---

3) Vgl. Gierke im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 115: Die offene H.-Gesellschaft ist der handelsrechtliche Ausbau der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Vgl. auch Karl Lehmann im Archiv für civilistische Praxis Bd. 86 S. 291.

1) Vgl. Lastig in Endemanns Handbuch Bd. I S. 358.

Denn ein Gesellschafter kann der Gesellschaft gegenüber wohl als Dritter auftreten, indem er als Käufer oder Verkäufer erscheint; dies steht aber mit seiner Gesellschafterqualität in keinem Zusammenhang[2]).

Unter dem Verhältnisse der Gesellschafter zu Dritten ist diejenige Seite der Betriebshandlungen der Gesellschaft zu verstehen, bei welchen nicht das Verhältnis der Gesellschafter untereinander in Betracht kommt, sondern wo es sich um die Rechtswirksamkeit dieser Handlungen dritten Personen gegenüber handelt. Die zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörigen Handlungen können nämlich entweder rein tatsächlicher Natur sein, d. h. gar keine Rechtswirkungen nach aussen zu Dritten erzeugen, z. B. Regelung der Bureaustunden, die Regelung der Ausstattung des Ladens und des Bureaus, der Inventur u. s. w.

Diese Betriebshandlungen können nur von dem Gesichtspunkte des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander betrachtet werden, d. h. von dem Gesichtspunkte aus, ob der diese Betriebshandlungen unternehmende Gesellschafter den anderen Gesellschaftern gegenüber zur Vornahme dieser Handlung berechtigt, respektive verpflichtet war.

Oder die Betriebshandlungen sind nicht nur tatsächlicher Art (denn tatsächlicher Art sind sie ja immer), sondern sind ihrer Natur nach auch darauf angelegt, Rechtswirkungen nach aussen oder nach innen zu erzeugen; letztere sind z. B. die Beschlussfassung der Gesellschaft über die Vornahme eines über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden

---

2) Vgl. Gierke im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 128. Behrend, Lehrbuch S. 471. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 513; Handwörterbuch der Staatswissensch. Bd. 4 S. 228; E.R.G. VII, S. 120. Vgl. auch überhaupt K. Adler S. 115. 116 a. a. O.

Geschäfts (§ 116, 2 H.G.B.) oder die Beschlussfassung über Antragstellung auf gerichtliche Ausschliessung eines Gesellschafters von der Geschäftsführung (§ 117 H.G.B.). Erstere sind die Rechtsgeschäfte (civilistische oder prozessuale) oder auch Rechtshandlungen im weiteren Sinn[3]) (z. B. Mahnung, Anzeige des § 377 Abs. 1 H.G.B.), die mit Dritten vorgenommen werden und daher ihrer Natur nach darauf angelegt sind, Rechtswirkungen nach aussen zu erzeugen.

Letztere Akte können nicht nur von der oben dargelegten inneren Seite aus betrachtet werden, d. h. darauf hin, ob der das Rechtsgeschäft vornehmende Gesellschafter zur Vornahme berechtigt, respektive verpflichtet war, sondern können auch von der äusseren Seite aus betrachtet werden, d. h. von dem Gesichtspunkt aus, ob durch das von dem Gesellschafter vorgenommene Rechtsgeschäft die beabsichtigten Rechtswirkungen für und gegen die Gesellschaft eintreten, z. B., ob dadurch die Gesellschaft berechtigt, resp. verpflichtet wird oder nicht.

Bei der Vornahme solcher rechtsgeschäftlichen Akte sind diese zwei Betrachtungsweisen scharf zu trennen; denn es können unter Umständen die Resultate jener zwei Betrachtungsweisen wirklich ganz verschieden sein bezüglich eines und desselben Rechtsgeschäftes; z. B. kann der das Rechtsgeschäft abschliessende Gesellschafter zur Vornahme desselben den Gesellschaftern gegenüber nicht berechtigt, resp. verpflichtet gewesen sein, während er doch die beabsichtigte Rechtswirkung für und gegen die Gesellschaft erzeugt.

---

3) Vgl. Ennecerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Aufl., Bd. I § 54 III. Crome, System des bürgerlichen Rechts Bd. I § 72, 1e.

Umgekehrt kann der Gesellschafter in Hinblick auf das innere Verhältnis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts berechtigt, resp. verpflichtet gewesen sein, während die durch das Rechtsgeschäft beabsichtigte Wirkung für und gegen die Gesellschaft nicht eintritt, z. B. die Gesellschaft nicht verpflichtet wird.

Soweit nun bei Vornahme einer Betriebshandlung (also rein tatsächtlicher Art oder Rechtsgeschäft) das Verhältnis des handelnden Gesellschafters zu seinen Mitgesellschaftern (Verhältnis nach innen) in Betracht kommt, finden die Vorschriften des 2. Titels (H.G.B. §§ 109—122) Anwendung. Soweit aber bei Vornahme einer Betriebshandlung (Rechtsgeschäft oder Rechtshandlungen im weiteren Sinn, vgl. oben S. 13 Anm. 3) die Frage nach der Wirksamkeit zu dritten Personen in Betracht kommt (Verhältnis nach aussen), finden die Vorschriften des 3. Titels (H.G.B. §§ 123—130) Anwendung.

Das Gesetz gibt den Gesellschaftern in ihrem Verhältnisse zu einander volle Vertragsfreiheit und überlässt die Regelung und Normierung desselben der freien Willensübereinstimmung der Genossen unter sich[4]).

Dagegen wird im Interesse der Drittkontrahenten und wegen der Verkehrssicherheit das Verhältnis der Gesellschafter nach aussen mit wenigen Ausnahmen[5]) absolut durch die zwingenden Gesetzesbestimmungen des dritten Titels normiert (vgl. Anm. 4).

---

4) Vgl. Renaud S. 140. Schlodtmann in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 37 S. 360. Gierke im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 19 S. 122. Laband, Beiträge in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 30 S. 516, 521 ff. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 490, 502. Behrend, Lehrbuch Bd. I S. 467 ff. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 486, 496. v. Górski S. 2.

5) H.G.B. § 125. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 500.

Damit die von einem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft vorgenommene Rechtshandlung Dritten gegenüber wirksam sei, muss der betreffende Gesellschafter das Recht zur Vertretung der Gesellschaft besitzen, welches in der Befugnis besteht, den Namen der Gesellschaft zu zeichnen (firmierender Gesellschafter), um dadurch dieselbe Dritten gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten. Mit der Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind die geschäftsführenden Gesellschafter betraut. Sie führen den Willen der Gesellschaft aus[6]) und können daher verlangen, dass alle Geschäfte, die sie innerhalb ihrer Befugnisse als Geschäftsführende abgeschlossen haben, als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen gelten sollen. Zur Geschäftsführung in thesi gehören alle Handlungen, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt; sie bestehen, wie oben gesagt, nicht bloss aus Akten, die rein tatsächlicher Natur sind, sondern umfassen auch die Handlungen, welche naturgemäss darauf angelegt sind, Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern nach innen und Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und der Aussenwelt zu erzeugen[7]). (Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im weiteren Sinn vgl. oben S. 13 Anm. 3.)

Über die Berechtigung, resp. Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlungen hat zunächst der Geschäftsführende nach eigenem Ermessen zu entscheiden, und der Zukunft bleibt es überlassen, ob die übrigen Gesellschafter, eventuell der Richter, sich seinen Erwägungen über seine Berechtigung resp. Verpflichtung anschliessen werden.

---

6) Vgl. Gierke, Grundzüge des H.R. in Encykl. von Kohler-Holtzendorff Bd. I S. 935.

7) Vgl. Lastig in Endemanns Handb. Bd. I S. 358. Thöl Bd. I S. 309.

Insoweit aber die Ausführung derselben den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten erfordert, so kann der Geschäftsführende nur dann wirksam im Namen der Gesellschaft kontrahieren, wenn er dazu durch die Vertretungsbefugnis ermächtigt ist.

Ist er dazu nicht befugt und schliesst er dennoch das Geschäft mit dem Dritten ab, so haftet die Gesellschaft dem Dritten gegenüber nicht; dieser kann sich bloss an den Geschäftsführenden halten, wie an einen falsus procurator, d. h. ihn belangen auf Erfüllung oder Schadensersatz nach den Bestimmungen des § 179 B.G.B.

Hat aber der seine Vertretungsmacht überschreitende Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber im Rahmen seiner Geschäftsführung gehandelt, so kann er verlangen, dass die Gesellschaft das Geschäft als für ihre Rechnung geschlossen anerkenne; insbesondere kann er verlangen, dass die Gesellschaft es nachträglich noch genehmige [8]).

Geschäftsführung und Vertretung sind, wie wir sehen, scharf getrennt von einander zu halten.

Die durch das alte wie das neue Handelsgesetzbuch durchgeführte getrennte Behandlung der Verhältnisse nach innen und nach aussen bezweckte klare Rechtsverhältnisse und ein gewisses Maß von Rechtssicherheit zu schaffen.

Die Normierung der rechtlichen Befugnisse der Gesellschafter unter einander ist der freien Bestimmung der Gesellschafter überlassen; sie sind daher nicht typisch ein für allemal festgestellt, und es kann daher im einzelnen konkreten Fall leicht Streit über die Befugnisse entstehen; diese Rechtsunsicherheit ist

---

8) Vgl. B.G.B. § 177. Cosack, Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. II S. 402.

aber erträglich, da sie nur einen kleinen Kreis von Personen in Mitleidenschaft zieht, die Gesellschafter nur. Jedoch die Macht der Gesellschafter Dritten gegenüber, d. h. ihr Verhältnis nach aussen, ist im Gesetz (theoretisch ganz unabhängig von den Befugnissen der Gesellschafter nach innen) in starren Grenzen typisch festgelegt, damit die mit den Gesellschaftern kontrahierenden Dritten sich nicht erst lange nach den Grenzen ihrer Macht zu erkundigen brauchen; dadurch wird im Interesse der kontrahierenden Geschäftsleute, also eines unübersehbaren Kreises von Personen, eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen, und so die Streitigkeiten und Prozesse vermindert[9]). Diese aus Zweckmässigkeitsrücksichten vorgenommene und theoretisch allerdings nach allen Seiten hin durchführbare Trennung des Verhältnisses nach aussen und nach innen hat manche Schriftsteller[10]) zu der Folgerung veranlasst, es sei die Geschäftsführungsbefugnis lediglich auf den inneren Betrieb der Geschäfte zu beschränken, im Gegensatz zur Vertretung, welche lediglich auf das Verhältnis nach aussen zu verweisen sei; daher brauche der Geschäftsführende keine Vertretungsmacht zu besitzen, und es sei umgekehrt nicht erforderlich, dass der mit der Vertretung betraute Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis habe; der Wirkungskreis letzterer sei rein interner Natur und stehe in keinem Zusammenhange mit der Stellung der Gesellschaft nach aussen. Dies geht zu weit; wie wir oben Seite 14 ff. gesehen haben, sind zwar Geschäftsführung und Vertretung theoretisch allerdings scharf von einander getrennt zu halten. Damit ist aber noch

---

9) Vgl. v. Górski S. 2 ff.

10) Insb. von v. Górski ex professo durchgeführt. Vgl. auch Stapenhorst S. 36.

nicht gesagt, dass dieselben überhaupt in keinem sachlichen Zusammenhang mit einander stehen.

Wenn man die §§ 116 und 125 H.G.B. in Rücksicht zieht und mit einander vergleicht, so kann man konstatieren, dass die Vertretungsbefugnis auch eine innere Seite [11]) aufzuweisen vermag, die durch den Gesellschaftsvertrag beliebig verändert und modifiziert werden kann.

So bestimmt der § 116 H.G.B., dass zur Geschäftsführung alle Handlungen gehören, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Dieser Ausdruck ist vom Gesetz offenbar im ganz allgemeinen Sinne gebraucht, in dem es unter „alle“ auch die Handlungen umfasst, die auf Herstellung von Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu Dritten gerichtet sind [12]).

Daraus sehen wir, dass die wichtigsten Betriebshandlungen, die Rechtsgeschäfte, sowohl zur Geschäftsführung wie zur Vertretungsmacht gehören; beide Befugnisse stehen also in einem engen sachlichen Zusammenhang, so dass die eine die andere erzeugt. Die Vertretung kann, wie man sich in der Literatur ziemlich gewagt ausdrückt, als Fortsetzung der Geschäftsführung nach aussen angesehen werden, und letztere als Fortsetzung der Vertretung nach innen, so dass eine Trennung zwischen ihnen praktisch undurchführbar ist [13]).

Denn wohin sollte es führen, wenn durch die erwähnte völlige Trennung der beiden Befugnisse der Geschäftsführende in seiner Initiative derart gehemmt würde, dass er zwar das Recht hätte, über die Anschaffung eines zur Förderung des Betriebes erforder-

11) Vgl. Glünicke in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 36 S. 352.
12) Vgl. Glünicke a. a. O. S. 351. Thöl Bd. I S. 309.
13) Lastig a. a. O. S. 358.

lichen Gegenstandes zu entscheiden, aber des Rechtes beraubt wäre, das darauf bezügliche Kaufgeschäft im Namen der Gesellschaft Dritten gegenüber abzuschliessen? Der Dritte wird sich in den meisten Fällen hüten, das Geschäft mit dem Geschäftsführenden abzuschliessen, wenn diesem die Vertretungsbefugnis mangelt; denn die Gewähr, die seine Person dem Dritten bieten könnte (B.G.B. § 179), wäre dem Gläubiger natürlich nicht ausreichend genug, ihn zum Abschluss des Geschäfts zu bewegen.

Der Dritte befindet sich natürlich in viel besserer Lage, wenn er sich an die Gesellschaft und somit an jeden Gesellschafter halten kann; er würde folglich vermeiden, das Geschäft mit einem zur Vertretung nicht befugten Gesellschafter abzuschliessen.

Górski (S. 16) findet einen Ausweg darin, dass er dem Geschäftsführenden als beschliessenden Organ den Vertretungsbefugten als vollstreckendes zur Seite stellt, indem er nämlich den Willen des ersten durch den zweiten ausführen lassen will. Es erheben sich manche Bedenken gegen diese Meinung; denn welche Zwangsmittel stehen dem Geschäftsführenden als solchem zu gebote, um seinem Willen Geltung zu verschaffen? [14])

Ist ausserdem eine derartige Geschäftsführungsbefugnis mit dem Wortlaut des § 116 H.G.B. in Einklang zu bringen, wo von der Geschäftsführung im allgemeinen Sinne die Rede ist? Denn, um seiner Stellung genüge zu tun, als Führer des Geschäfts in vollem Umfang, muss der Geschäftsführende auch in der Lage sein, persönlich mit Dritten zu kontrahieren; und gerade bei Handelsunternehmungen, wo ein rasches einheitliches Vorgehen und zielbewusstes Eingreifen

14) Vgl. Glünicke a. a. O. S. 352.

zur richtigen Zeit am meisten erwünscht ist, wird eine solche Trennung nicht am Platze sein. Praktisch d. h. einem ordnungsgemässen Geschäftsbetrieb entsprechend ist es daher, dass die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei derselben Person zusammentreffen [15]) und sich nicht auf verschiedene Personen verteilen. Falls es sich allerdings um Betriebshandlungen von tatsächlicher Natur handelt (insbes. rein technische Betriebshandlungen), ist es ganz gut möglich, dass der eine Gesellschafter diese technische Betriebsleitung hat, also zwar Geschäftsführungsbefugnisse in gewissem Maße besitzt, aber überhaupt keine Vertretungsmacht hat, während ein anderer Gesellschafter, der mehr kaufmännisch gebildet ist, neben der Geschäftsführung auch noch Vertretungsmacht hat. Wenn die Geschäftsführung sich auf Vornahme von Rechtsgeschäften erstreckt, wird sich naturgemäss diese Geschäftsführung mit der entsprechenden Vertretungsmacht verbinden. Theoretisch ist es ja allerdings unter Umständen denkbar, dass im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter lediglich die Verwaltung der inneren Angelegenheiten überlassen wird; das wäre aber keine Geschäftsführung in vollem Umfang im Sinne des § 116; der damit betraute Gesellschafter wäre vielmehr als ein in der Geschäftsführungsbefugnis beschränkter Gesellschafter anzusehen [16]).

Und umgekehrt ist es theoretisch denkbar, einem Socius die Führung der Geschäfte, insoweit das Verhältnis der Gesellschafter zu einander in Betracht kommt, zu entziehen, ihm aber das Recht der Vertretung zu überlassen.

---

15) Vgl. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 502.

16) Vgl. Glünicke a. a. O. S. 352. Thöl, Lehrbuch Bd. I S. 313; Denkschrift S. 86.

Auch eine solche Trennung wird praktisch kaum vorkommen [17]), denn es wäre widersinnig und widerspruchsvoll, wollte man einem Gesellschafter auf der einen Seite die Führung des Betriebes nicht anvertrauen, ihm aber dennoch auf der anderen Seite volle Freiheit gewähren, die Gesellschaft zu berechtigen und zu verpflichten.

Wenn es in Wirklichkeit doch einmal vorkommen sollte, dass ein Gesellschafter alle Vertretungsmacht, aber keine Geschäftsführungsbefugnisse hat, so kann dies seinen Grund darin haben, dass man dem betreffenden Gesellschafter kein Misstrauensvotum gegenüber dem Publikum ausstellen wollte; denn ein solches könnte in dem offenkundigen Ausschluss von der Vertretung liegen; der Gesellschafter verlangt, dass man seinem loyalen Sinne vertraue, gemäss welchem er keinen Missbrauch von seiner Vertretungsmacht machen werde, und dass man solche Zwangsmaßregel des Ausschlusses vermeide.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die beiden Befugnisse, sowohl die Befugnis zur Führung der Geschäfte im Inneren als auch die zur Vertretung nach aussen, derartig verquickt und mit einander verbunden sind, dass, falls nicht ganz besonders geartete Umstände vorliegen (vgl. oben Seite 20), eine solche Trennung tatsächlich kaum vorkommen wird.

Diese Auffassung der Konnexität zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht ist auch im bürgerlichen Gesetzbuche in der Präsumption des § 714 zum Ausdruck gelangt, wonach im Zweifel der Verlust des einen auch zum Verlust des anderen Rechtes führt. Nicht minder einheitlich ist der Standpunkt des französischen Rechts, wo Geschäftsführung und Vertretung

17) Vgl. Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. § 1142. Makower, Kommentar zum H.G.B. § 116 IIa.

unter den einheitlichen Begriff der gestion (administration) fallen (Cod. civ. art. 1856—1860).

Wir gelangen, was die Stellung des Gesellschafters anbelangt, zu dem Resultat, dass der Ausschluss von der Geschäftsführung auch den Ausschluss von der Vertretung naturgemäss zur Folge haben wird. Bei der Behandlung unseres Themas aber werden wir uns darauf beschränken, die Konsequenzen des Ausschlusses von der Geschäftsführung nur insoweit zu verfolgen, als das Verhältnis der Genossen untereinander verändert wird; inwieweit aber auch das Äussere in Mitleidenschaft gezogen wird, bleibt ausserhalb des Rahmens unserer Untersuchung.

§ 3.

Entstehung und Untergang der Geschäftsführungsbefugnis.

Bevor wir speziell den Umfang derjenigen Rechte bezw. Pflichten betrachten, deren der Gesellschafter durch den Ausschluss von der Geschäftsführung verlustig geht, resp. von denen er enthoben wird, ist unseres Erachtens notwendig, die Art und Weise kurz zu besprechen, in der man die Geschäftsführungsbefugnis erwirbt resp. verliert. Zum grössten Teile stehen die modernen und älteren Schriftsteller auf dem Standpunkt, dass die Geschäftsführungsbefugnis auf zweierlei Erwerbsgründen beruhe. Sie stehe nämlich den Gesellschaftern zu entweder kraft Rechtssatzes oder kraft Vertrages.

Diese Unterscheidung ist irreführend, aber vom Gesetz selbst verschuldet, welches von einer „Übertragung“ der Geschäftsführung spricht[1]).

1) Gleicher Ansicht Thöl, Lehrbuch Bd. I S. 310; v. Górski S. 42. Lastig in Endemanns Handb. Bd. I S. 364 bezeichnet den Ausdruck „übertragen“ als unpassend.

Da das Gesetz davon ausgeht, dass die gesetzliche Regelung der Geschäftsführung durch Gesellschaftsvertrag beliebig geändert werden kann, so folgt daraus, dass dieselbe einigen Mitgliedern entzogen werden könne, den übrigen aber belassen werde.

Dass der Ausdruck „übertragen“ unglücklich gewählt ist, ersehen wir daraus, dass nach § 114 H.G.B. die Geschäftsführung allen Gesellschaftern ipso iure zusteht; daher kann eine durch den Gesellschaftsvertrag erfolgte Übertragung nicht als Erwerbsgrund gelten[2]). Das Wort „übertragen“ hat, wie wir sehen, die Bedeutung, dass manchem Gesellschafter die Geschäftsführung nicht entzogen, also überlassen bleibt.

Hätte man das Wort „übertragen“ nicht wörtlich, sondern im Sinne einer „Belassung“ der Geschäftsführung ausgelegt, so wäre man zu unserem Ergebnis gelangt, dass nämlich der Erwerb der Geschäftsführung für einen Gesellschafter nur auf dem Gesetz beruhe, und dass die sogen. „übertragene“ Geschäftsführung nicht anders als eine nicht entzogene aufzufassen sei[3]).

Auch in dem Falle, wo ein Gesellschafter, dem die Geschäftsführung durch Gesellschaftsvertrag oder richterliche Entscheidung u. s. w. entzogen worden ist, durch Gesellschaftsbeschluss dieselbe wieder erhält,

---

2) Vgl. Gierke im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 19 S. 122. Renaud a. a. O. S. 285. Lastig in Endemanns Handb. Bd. I S. 363 Anm. 24.

3) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 180, 191. Thöl a. a. O. S. 310. Insb. Geiger in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 39 S. 436ff. v. Hahn, Vorbemerkung zu Art. 99—104 § 51e S. 347.

Anderer Ansicht Leberecht in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts; v. Gruchot Bd. 37 S. 872; Merfeld zu Art. 101 H.G.B. in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 41 S. 76; Stapenhorst S. 18.

kann man nicht von „Übertragung“ reden; denn in Wahrheit liegt doch nur Beseitigung eines Hindernisses vor, welches bisher der dem Gesellschafter kraft Gesetzes zustehenden Geschäftsführungsbefugnis entgegenstand.

Merkwürdigerweise hat auch das B.G.B. (§ 710) an diesem althergebrachten, aber unpassenden Ausdruck festgehalten.

Allerdings könnte man von einer „Übertragung“ der Geschäftsführung reden, wenn es sich um einen Nichtgesellschafter handeln würde, falls alle Gesellschafter auf die Führung der Geschäfte verzichtet hätten und ein Dritter damit betraut worden wäre[4]).

Es ist ausserdem nirgends im Gesetz eine verschiedene Behandlung der sogen. übertragenen Geschäftsführung von der gesetzlichen zu verzeichnen[5]).

II. Auf Grund einstweiliger Verfügung (C.P.O. § 938) kann der Richter einen Gesellschafter mit der Geschäftsführung beauftragen; z. B. die Gesellschafter streiten sich über die Auslegung einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, welche ihre beiderseitigen Geschäftsführungsbefugnisse regelt, und infolge dieses Streites gerät der Betrieb ins Stocken, und es droht Geschäftsverlust.

Hier kann auf Antrag eines Gesellschafters durch einstweilige Verfügung die Geschäftsführung dem einen oder anderen Gesellschafter übertragen werden.

Diese temporäre und provisorische Maßregel, welche bis zur endgültigen Auseinandersetzung der Gesellschafter in Kraft bleibt, ist von der „Bestellung“ eines

---

4) Vgl. H.G.B. § 109. Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. S. 242. Renaud a. a. O. S. 277—289. v. Hahn, Kommentar § 2 zu Art. 100; R.G.E. XXII, S. 130.

5) Vgl. Staub, Kommentar zu § 117 Anm. 1. Dagegen Makower, Kommentar I, S. 214.

Geschäftsführers wohl zu unterscheiden, welche lediglich von dem Willen der Gesellschafter abhängt und nicht durch den Richter vollzogen werden kann[6]).

III. Die Gründe, die zum Verlust der Geschäftsführung führen, sind verschiedener Natur und so mannigfaltig, dass wir uns darauf beschränken, nur die wichtigsten von ihnen zu erwähnen.

Ausser dem Falle, wo die Geschäftsführung dem geschäftsführenden Gesellschafter mit seiner Einwilligung[7]) entzogen werden kann, ist eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nur kraft richterlicher Entscheidung möglich.

Die Auffassung, dass die Geschäftsführung einerseits kraft Gesetzes, andererseits kraft Übertragung den Gesellschaftern zustehe, hat im älteren Recht manche zu der Behauptung geführt, dass nur die auf Grund einer Übertragung beruhende Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden könne, nicht aber die kraft Gesetzes zustehende[8]).

Diese Kontroverse weiter auszuführen, ist wohl überflüssig, da Doktrin und Praxis in gleicher Weise fast einstimmig auf der von uns vertretenen Ansicht stehen[9]).

Der § 117 H.G.B. bestimmt, dass die Geschäftsführung auf Antrag der Gesellschafter durch gericht-

---

6) Vgl. Lehmann und Ring, Kommentar zu § 117, 6. Staub, Kommentar zu § 117, 6. Makower, Kommentar zu § 117a. Renaud S. 287; R.G.E. XXII, S. 170; R.O.H.E. XVI, S. 73; R.G.E. IX, S. 335.

7) Vgl. Renaud S. 284. Behrend Bd. I S. 488. Anschütz-Völderndorff Bd. II S. 189 zum Art. 101. Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II, Abt. II, S. 560. v. Górski S. 18.

8) So Anschütz und Völderndorff, Kommentar Art. 101 Anm. II. Karl Lehmann im Archiv für civilist. Praxis Bd. 86 S. 313. Lastig in Endemanns Handb. S. 363. Dagegen v. Górski S. 19.

9) Lehmann und Ring, Kommentar zu § 117. Staub, Kommentar zu § 117; Denkschrift S. 92, 86.

liche Entscheidung entzogen werden kann. Darunter ist zu verstehen, dass der Antrag von allen Gesellschaftern ausschliesslich desjenigen, dem die Geschäftsführung zu entziehen ist, gestellt werden kann, also auch von dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, und zwar richtet sich der Antrag gegen den betreffenden Socius [10]).

Nach Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 117, nämlich ob ein wichtiger Grund vorliegt, oder nicht, schreitet der Richter zur Entziehung, falls nach seiner Ansicht ein solcher Grund wirklich gegeben ist, der allerdings der verschiedensten Art sein kann.

Auch im Gesellschaftsvertrag können die Gründe genau bestimmt werden; übrigens ist es Sache des Einzelfalls, darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen vorliegen, oder nicht; ein Verschulden des Betreffenden im Rechtssinn ist nicht immer notwendig [11]).

Über die Kündigung der Geschäftsführung durch den Geschäftsführenden bestimmt das H.G.B. nichts; infolgedessen haben wir uns auf Grund des § 105 Abs. 2 H.G.B. an das B.G.B. zu wenden, welches im § 712 die Kündigung als zulässig erachtet, wenn ein „wichtiger Grund“ vorliegt [12]).

Dabei kommen auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 und 3 B.G.B. zur Anwendung [13]).

---

10) Vgl. Renaud S. 286. Lehmann und Ring, Kommentar zu § 117. Staub, Kommentar zu § 117.

11) E.R.G. Bd. XXIV S. 137; Denkschrift S. 86.

12) Vgl. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 504. Staub, Kommentar zu § 117 S. 372. Stapenhorst S. 35; Denkschrift S. 86.

13) Es wird hier wieder versucht, das Kündigungsrecht verschieden zu behandeln, je nachdem es sich um eine Geschäftsführung handelt, die kraft Gesetzes oder kraft Vertrages den Gesellschaftern zusteht. So z. B. Makower, Kommentar S. 214. Dagegen Staub, Kommentar S. 372.

Durch die Auflösung der Gesellschaft fällt natürlich der bisherige Unterschied zwischen Geschäftsführenden und Nichtgeschäftsführenden zusammen. Denn sowohl die gesetzliche Regelung als auch vertragsmässige Modifikationen haben nur Bedeutung während des Bestehens der Gesellschaft, nicht auch für das Stadium der Liquidation[14]; ein während des Bestehens der Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter erhält also im Falle der Liquidation seine ihm kraft Gesetzes zustehende Geschäftsführungsbefugnis wieder zurück H.G.B. § 146[15].

§ 4.

Regelung der Geschäftsführung und ihre Arten.

Die gesetzliche Regelung der Geschäftsführungsbefugnisse eines Gesellschafters, deren Arten und deren Umfang findet sich, wie schon oben gesagt, im zweiten Titel des Abschnittes über die offene Handelsgesellschaft. Der § 109 H.G.B. führt an erster Stelle den Gesellschaftsvertrag an, als dazu berufen, die Geschäftsführungsbefugnis zu normieren; mit a. W. es werden die Bestimmungen darüber dem freien Willen der Gesellschafter überlassen, insoweit dieser den allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts, z. B. über unsittliche Verträge B.G.B. § 138, nicht zuwiderläuft[1].

---

14) Renaud S. 284; E.R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 48 S. 145.

15) Über andere Endigungsgründe vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 463 zu § 713. Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. § 117, 7. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 519; H.G.B. § 136; B.G.B. § 729.

1) Vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 451. Gareis, Lehrbuch des H.R. S. 210. Labands Beiträge in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 30 S. 521. Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II S. 402.

Der Gesellschaftsvertrag ist ein begriffliches Erfordernis der offenen Handelsgesellschaft; denn eine solche ist nur dann vorhanden, wenn sich mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes vereinigen und über die zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Mittel und Wege Übereinkommen treffen[2]).

Wird durch eine nachträgliche Abmachung der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag teilweise abgeändert, so hat dieser neue Teil des Gesellschaftsvertrages dieselbe rechtliche Bedeutung wie der unverändert gebliebene Teil des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages; beide Teile, obwohl zu verschiedenen Zeiten vereinbart, sind nunmehr Teile eines und desselben Gesellschaftsvertrages und haben daher die gleiche Gültigkeit und Kraft[3]).

An zweiter Stelle kommen zur Regelung der Geschäftsführung die Normen des H.G.B. ergänzend in Betracht, und hinter ihnen die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (vergl. oben § 1 Einleitung S. 9).

Innerhalb der Gesellschaft wird den Gesellschaftern vollkommen freie Hand gelassen. Sie können die Geschäftsführungsbefugnis mancher Gesellschafter beliebig auf einen kleinen Teil der Geschäfte beschränken oder umgekehrt auf den ganzen inneren Betrieb ausdehnen, ja mehrere oder einen Einzelnen zur Führung des gesamten Betriebes beauftragen.

Die Geschäftsführung ist, insoweit das Verhältnis der Gesellschafter in Betracht kommt, elastisch und kann beliebig beschränkt und ausgedehnt werden.

---

2) § 705 B.G.B. Denkschrift S. 80. Staub, Kommentar zu § 109 Anm. 3e. Makower, Kommentar zu § 109. Lehmann und Ring zu § 109.

3) Lehmann und Ring, Kommentar zu § 109. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 456. Stapenhorst S. 18. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 180. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 114.

Diese Verfügungen der Gesellschafter über die Geschäftsführung werden ins Handelsregister nicht eingetragen, da es sich um eine interne Gesellschaftsangelegenheit handelt; dagegen ist Anmeldung zum Handelsregister erforderlich, insofern die Regelung der Geschäftsführung auch das Verhältnis der Gesellschafter nach aussen berührt; insofern z. B. mit der Geschäftsführung auch die entsprechende Vertretungsbefugnis entzogen werden soll[4]).

Die Geschäftsführung kann verschieden geartet sein: in dem Falle, wo alle oder mehrere zur Geschäftsführung berufen sind, ist in Ermangelung anderweitiger Vertragsbestimmung jeder von ihnen ganz allein zu handeln berechtigt, ohne dass er die anderen vorher darüber befragen müsste (sog. Ganzgeschäftsführung, wie es Lehmann-Ring Bd. I § 115 Anm. 1 nennt, weil hier der Geschäftsführende die Geschäftsführung ganz hat — nicht mit anderen noch zusammen; vgl. das Folgende). Widerspricht jedoch einer der Geschäftsführenden, so muss die Handlung unterbleiben.

Es kann auch bestimmt werden, dass die Geschäftsführenden nur zusammen handeln dürfen; hier haben wir den Fall der „Kollektivgeschäftsführung", wo kein Akt vorgenommen werden darf (§ 115, 2) ohne Zustimmung der Geschäftsführungsberechtigten, und zwar jedes Einzelnen derselben.

„Einzelgeschäftsführung" kann auch angeordnet werden, wobei einem Einzigen, unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter, die Geschäftsführung anvertraut wird (vgl. oben S. 28). Schliesslich ist eine Kombination zwischen Absatz 1 und 2 des § 115 möglich, indem z. B. die beiden Gesellschafter A. und B. nur kollektiv, dagegen C. allein zu handeln berechtigt sind.

---

4) Vgl. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 500, 501.

5) Vgl. Staub, Kommentar § 115.

Diese Verschiedenheit in der Geschäftsführungsbefugnis der geschäftsführenden Gesellschafter (einerseits Kollektiv-, andererseits Ganzgeschäftsführung) betrifft aber nur das Verhältnis der geschäftsführenden Gesellschafter unter sich[6]), d. h. A. und B. können jede gewöhnliche Betriebshandlung vornehmen, ohne den C. zu fragen, sie müssen es aber unterlassen, bei Widerspruch des C. Dasselbe gilt von C. im Verhältnis zu A. und B.

Aber diese Tatsache, dass den geschäftsführenden Gesellschaftern unter sich eine solche verschiedene Geschäftsführungsbefugnis zusteht, ist ohne Einfluss auf die Rechte und Pflichten des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters. Er hat jedenfalls, mag die Geschäftsführungsbefugnis unter den Geschäftsführenden in der geschilderten Art verschieden geartet sein oder nicht, bei Vornahme gewöhnlicher Betriebsgeschäfte niemals ein Widerspruchsrecht, bei Vornahme von aussergewöhnlichen, immer ein Zustimmungsrecht[6]).

§ 5.

Umfang des Ausschlusses von der Geschäftsführung im allgemeinen.

Durch die Bestellung einer oder mehrerer Geschäftsführer werden die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Gewöhnlich werden die Nichtgeschäftsführenden auch von der Vertretung ausgeschlossen sein; aber eine blosse Entziehung der Geschäftsführung ohne gleichzeitige Entziehung der entsprechenden Vertretungsmacht (allerdings praktisch selten, vgl. oben

---

6) Vgl. Makower, Kommentar zum H.G.B. § 115 I, § 116 III. Renaud S. 273.

S. 20, 21) lässt das Verhältnis nach aussen unbeeinflusst.

Wenn dem Gesellschafter die Geschäftsführung samt der entsprechenden Vertretungsmacht entzogen worden ist, ohne dass die Entziehung der Vertretungsmacht in das Handelsregister eingetragen wurde, so hat er trotzdem keine Vertretungsmacht mehr; nur dem gutgläubigen Dritten gegenüber wird er als vertretungsberechtigt fingiert[1]).

Der Umfang der Geschäftsführung wird durch die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage geregelt und normiert. Sie können ihn erweitern oder beschränken; erweitern, indem sie die Geschäftsführungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters auch auf die Vornahme von ungewöhnlichen Handlungen (§ 116 H.G.B.) ausdehnen oder umgekehrt beschränken auf einen Teil der in diesem Handelsgewerbe gewöhnlich vorkommenden Handlungen.

Der Umfang des Ausschlusses von der Geschäftsführung kann auch negativ bestimmt werden in der Weise, dass man den Umfang der dem betreffenden Gesellschafter wirklich zugestandenen Geschäftsführungsbefugnisse ausdrücklich angibt. Denn wo der Kreis der ausdrücklich zugestandenen Geschäftsführungsbefugnisse aufhört, beginnt der Kreis derjenigen, von denen der Gesellschafter ausgeschlossen ist[2]).

Das Gesetz bestimmt im § 116 I H.G.B., dass die Geschäftsführung sich auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb dieses Handelsgewerbes mit sich bringt.

In Gegensatz dazu werden die Handlungen gestellt, die über den gewöhnlichen Betrieb dieses Handels-

1) H.G.B. § 15 verbunden mit H.G.B. § 125.

2) Mot. z. Entwurf des B.G.B. Bd. II S. 609, § 640. Lehmann-Ring, Kommentar § 114 Anm. 4.

gewerbes hinausgehen; diese gehören also zur Geschäftsführung nicht. Welches diese Handlungen sind, hat natürlich an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, der in den meisten Fällen eine mehr oder weniger scharfe Grenze zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Handlungen ziehen wird.

Wenn wir nun darüber aus dem Gesellschaftsvertrag nichts entnehmen können, so ist es Sache einerseits der geschäftsführenden Gesellschafter, andererseits des richterlichen Ermessens, die Grenzlinie zwischen den gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Handlungen im konkreten Fall zu bestimmen. Insbesondere entscheidet darüber der Maßstab des Handelsgewerbes sowohl hinsichtlich der Art als auch hinsichtlich des Umfangs des Geschäfts[3]). Die Grenze ist überhaupt in jedem konkreten Falle besonders zu ziehen; denn bei den Handelsgeschäften ist nicht bloss die Art und der Umfang entscheidend, sondern auch die Grösse der Gefährlichkeit derselben[4]).

Als nicht zum gewöhnlichen Betrieb gehörig gelten auch solche Geschäfte, die zwar der ungewöhnlichen Eigenschaften der oben geschilderten Art entbehren, welche also weder ungewöhnlich gross noch ungewöhnlich gefährlich sind, aber welche doch dem Zweck der Gesellschaft fremd sind[5]).

Insbesondere kommen hier auch diejenigen Geschäfte in Betracht, welche ausdrücklich durch den

---

3) Lehmann-Ring, Kommentar § 116 Anm. 1 S. 245. Staub, Kommentar § 116, 2a. Renaud S. 249. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 566 ff.

4) Vgl. E.R.O.H.G. Bd. XX S. 241. Renaud S. 250, 251. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 181. Staub, Kommentar § 116 Anm. 2. Lehmann-Ring § 116.

5) Staub, Kommentar § 116, 2a. Lehmann-Ring, § 116 I. Renaud S. 250.

Gesellschaftsvertrag aus dem Geschäftskreis der Gesellschaft ausgeschlossen sind[6]). Daraus ersehen wir, dass es nicht möglich ist, die Grenze zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Handlungen ein für allemal scharf zu ziehen. Es ist vielmehr Aufgabe der geschäftsführenden Mitglieder der Gesellschaft, nötigenfalls des Richters, bei jedem zweifelhaften Geschäfte zu prüfen, ob dies zum gewöhnlichen Betriebe gehört oder nicht[7]).

Zur Vornahme einer dieser ungewöhnlichen Handlungen ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich, also auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Ja sogar bei Gefahr im Verzuge dürfen die Nichtgeschäftsführenden nicht von der Beschlussfassung ausgeschlossen werden[8]).

Es wäre aber verfehlt, der Befugnis des ausgeschlossenen Gesellschafters, bei manchen Betriebshandlungen als beschliessendes Mitglied mitzuwirken, erhebliche Bedeutung beizumessen; denn dadurch, dass einigen Mitgliedern der Gesellschaft die Geschäftsführung entzogen und dieselbe auf eine kleine Zahl von Gesellschaftern oder gar auf einen derselben beschränkt wird, ist der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck gebracht, dass die mit der Führung des gesamten Betriebes betrauten Personen auch mit Selbständigkeit und Initiative ausgerüstet sein sollen, unbeschränkt nach ihrem Gutdünken handeln zu können. Daher darf der nichtgeschäftsführende Gesellschafter sich bei Gelegenheit der Vornahme von Handlungen seitens des geschäftsführenden Gesellschafters, hinsichtlich deren Zweifel darüber obwalten, ob sie zu

6) Vgl. Hergenhahn S. 120.

7) Vgl. v. Górski S. 26.

8) Vgl. Renaud S. 299. E.R.O.H.G. Bd. XX S. 247. Gerber, D. Privatrecht S. 381.

dem gewöhnlichen oder ungewönlichen Betrieb gehören, sich nicht einmischen, um etwa eine Prüfung darüber zu veranlassen. Seine Befugnisse sind in dieser Hinsicht sehr beschränkt; denn seine Einmischung könnte öfters zur Hemmung des Betriebes, ja sogar zur Vernichtung der Selbständigkeit und Initiative der Geschäftsführenden führen [9]). Mit Recht spricht Thöl [10]) von der Geschäftsführung als der unbeschränkten Tätigkeit zum Zwecke des Betriebes des Handelsgewerbes; denn die Beschränkung, die der Absatz 2 des § 116 H.G.B. dem Geschäftsführer auferlegt, ist nicht darauf gerichtet, die Tätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter innerhalb des Betriebes des Handelsgewerbes zu beschränken [11]), sondern sie bezieht sich lediglich auf ausserordentliche, höchst selten vorkommende Fälle und ist vielmehr dazu bestimmt, als Schranke gegen spekulationslustige und verwegene Geschäftsführer zu dienen.

Daraus ersehen wir, dass im gewöhnlichen Betriebe der Nichtgeschäftsführer sich nicht einzumischen hat, es seien denn die Voraussetzungen des § 116, 2 H.G.B. gegeben.

II. Ist nun dieser Tatbestand (§ 116, 2) gegeben, dann greift der § 119 H.G.B. über die Beschlussfassung platz.

Das Gesetz steht auf dem Standpunkte der Stimmeneinhelligkeit; widerspricht auch nur einer der Gesellschafter der vorzunehmenden Handlung, so muss dieselbe unterbleiben [12]).

---

9) Gleicher Ansicht v. Górski S. 26.

10) In seinem Lehrbuch des H.R. S. 309.

11) Vgl. Handwörterbuch der Staatswiss. Bd. 4 S. 1007.

12) Makower, Kommentar zum H.G.B. § 119 I. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 460 zu § 709 B.G.B.

Diese Vorschrift der Stimmeneinhelligkeit findet ihre Grenze darin, dass bei Beschlüssen, welche sich gegen einen Gesellschafter richten, dieser nicht mitzuwirken hat, m. a. W., dass sein Widerspruch irrelevant ist[13]).

Die Form des Beschlusses bestimmt sich, da das H.G.B. darüber schweigt, nach dem bürgerlichen Gesetzbuch; nach diesem ist er aber formlos bindend. Der Beschluss ist übrigens nur dann bindend, wenn er rechtmässig zustande gekommen ist, d. h. wenn er weder nichtig, noch anfechtbar und angefochten ist. Der betreffende bei der Beschlussfassung beteiligt gewesene Gesellschafter, der sich dabei wesentlich geirrt hat, kann seine Abstimmungserklärung anfechten, und zwar er selbst, mag er geschäftsführender oder ausgeschlossener Gesellschafter sein; denn diese Anfechtungserklärung gehört selbstverständlich nicht zur Geschäftsführung. Die Ausführung des rechtmässig zustande gekommenen Beschlusses liegt nunmehr dem geschäftsführenden Gesellschafter ob[14]).

Selbstverständlich können alle diese Gesetzesbestimmungen durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden; so kann insbesondere bestimmt werden, dass statt Stimmeneinhelligkeit die Mehrheit entscheiden soll, welche nach der Kopfzahl der Gesellschafter zu berechnen ist[15]); es kann auch das Recht der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter bei der Beschlussfassung ausgeschlossen werden[16]).

---

13) Staub, Kommentar zum H.G.B. S. 369. E.R.O.H.G. Bd. XXV. S. 163. Stapenhorst S. 21.

14) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. S. 369 zu § 119. Vgl. auch oben S. 15 Anm. 6.

15) Damit wird gemeint, dass nicht die Höhe der Kapital- oder Gewinnanteile entscheidet, vgl. auch Staub, Kommentar zum H.G.B. § 119, 2.

16) Vgl. Lehmann-Ring, Kommentar zum H.G.B. zu § 119. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 119. Goldmann, Kommentar zum H.G.B. § 119.

III. Die Frage, ob der Nichtgeschäftsführende zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung bei ungewöhnlichen Handlungen auch verpflichtet sei, und ob er ferner verantwortlich zu machen sei für den Schaden, der daraus entsteht, dass er bei der Beschlussfassung böswillig oder fahrlässig nicht zugegen war, bleibt uns jetzt zu erörtern.

Seine Verpflichtung zum Erscheinen ist unseres Erachtens aus der Definition des Gesellschaftsvertrages zu folgern (§ 705 B.G.B.), gemäss welcher die Gesellschafter verpflichtet sind, alle Handlungen vorzunehmen, die dazu geeignet sind, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern — und zwar in der durch den Vertrag bestimmten Art und Weise, selbstverständlich, falls der Gesellschaftsvertrag darüber schweigt, nach den durch das Gesetz selbst gegebenen Normen (H.G.B. § 109 mit B.G.B. § 705).

Nimmt daher jemand an einer Gesellschaft als Mitglied teil, so ergibt sich daraus, dass es Pflicht für ihn ist, sein Tun und Wirken so zu gestalten, wie es der Gesellschaftszweck erfordert; insbesondere muss er alles vornehmen, was geeignet ist, den Zweck der Gesellschaft zu fördern [17]).

Es erscheint uns nun ausser Zweifel zu sein, dass die Mitwirkung bei der Beschlussfassung unter solche Handlungen zu stellen ist; denn sie ist dazu geeignet, den Zweck der Gesellschaft zu fördern. Folglich müssen wir die Frage, ob der nichtgeschäftsführende Gesellschafter verpflichtet sei, bei der Beschlussfassung

---

17) Vgl. Planck in Bd. II seines Kommentars zum B.G.B. S. 457 zu § 705: „Aus der Gemeinsamkeit des vereinbarten Zweckes folgt, dass für die Gesellschaft die Anteilnahme eines jeden Gesellschafters an diesem Zweck wesentlich ist.“ Ebenso S. 454 daselbst. Vgl. auch Haidlen, Das bürgerl. Gesetzb. S. 790 zu § 705. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. II S. 724.

zu erscheinen, bejahen. Unterlässt er es daher, dabei mitzuwirken, vorsätzlich oder fahrlässig, so haftet er unseres Erachtens gemäss den bürgerlich rechtlichen Vorschriften für den Schaden, der daraus entstanden ist, cf. B.G.B. §§ 157, 242, 276, vgl. auch H.G.B. § 347, 1.

Es würde sich jetzt fragen, wie sich die Haftung des ausgeschlossenen Gesellschafters gestaltet, wenn er an der Beschlussfassung über die Vornahme ungewöhnlicher Handlungen teilnimmt.

Da die Mitwirkung als eine Verpflichtung anzusehen ist, so ergibt sich daraus, dass seine Haftung nach § 708 B.G.B. zu beurteilen ist. Daher haftet er bei Erfüllung dieser seiner Verpflichtung nur für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Insbesondere haftet er, wenn er diese Diligenz nicht beobachtet, für den Schaden, der dadurch entsteht, dass er ohne gerechtfertigten Grund einer Handlung widerspricht[18]).

IV. Wie gestaltet sich nun die Stellung des ausgeschlossenen Gesellschafters bei Gefahr im Verzug?

„Gefahr im Verzuge“ ist nur dann vorhanden, wenn es sich um die Abwendung eines Schadens für die Gesellschaft handelt, der nur durch einen raschen Entschluss vermieden werden kann; die meisten Schriftsteller[19]) beschränken diesen drohenden Schaden auf damnum emergens, während sie die Gefahr des Entgehens eines Gewinnes (lucrum cessans) nicht für genügend erachten; andere Schriftsteller sehen auch im letzteren Falle Gefahr im Verzug[20]).

---

18) Vgl. auch Stapenhorst S. 21.

19) Vgl. Goldmann, Kommentar zum H.G.B. § 115. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 186. Puchelt, Kommentar Bd. I S. 183. Renaud S. 274. v. Górski S. 84. Hergenhahn S. 109.

20) So Staub, Kommentar zum H.G.B. § 115.

Durch den Ausschluss von der Geschäftsführung ist der Gesellschafter von dem Recht und der Pflicht entbunden worden, sich mit den Gesellschaftsgeschäften zu befassen; daher ist er unseres Erachtens nicht berechtigt, bei Gefahr im Verzug ein Rechtsgeschäft für die Gesellschaft abzuschliessen. Puchelt in seinem Kommentar Bd. I S. 181 führt aus, dass der Nichtgeschäftsführende verpflichtet sei, die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren. Der Meinung Puchelts ist insoweit beizutreten, als der Nichtgeschäftsführende bei der Vornahme der Handlung, die geeignet ist, die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren, innerhalb der durch Gesetz und Vertrag vorgeschriebenen Grenzen handelt. Seine Verpflichtung fällt unter den Tatbestand des § 705 B.G.B.; er muss alles Nötige vornehmen, um die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren[21]); denn er ist verpflichtet, deren Zweck zu fördern in der durch den Vertrag bestimmten Weise; dieser Vertrag verbietet ihm zwar, Akte der Geschäftsführung vorzunehmen, da er eben nicht Geschäftsführer ist; er lässt ihm aber frei, ja er verpflichtet ihn sogar, als Mitglied der Gesellschaft, für deren Wohl und Gedeihen er naturgemäss auch interessiert ist, alles aufzubieten, was in seiner Befugnis steht.

Dazu gehören aber keine Rechtsgeschäfte; denn es wäre widerspruchsvoll, ihm ein solches Recht einzuräumen; wenn man bedenkt, dass nach § 116 Abs. 2 H.G.B. nicht einmal die Geschäftsführenden befugt sind, bei Gefahr im Verzug (also in dem Falle, wo ein über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehendes Geschäft vorgenommen werden soll, und es daher des Beschlusses

21) Z. B. in der Weise, dass er die Geschäftsführenden benachrichtigt; so v. Górski S. 80ff. Oder durch Rat. So Puchelt, Kommentar Bd. I S. 181.

sämtlicher Gesellschafter bedarf) selbständig einzugreifen, so werden die Nichtgeschäftsführenden noch viel weniger dazu berechtigt sein, unter gewöhnlichen Umständen einzugreifen [22]).

Nachdem wir festzustellen versucht haben, dass der Nichtgeschäftsführende zum Abschluss von Rechtsgeschäften im Falle der Gefahr im Verzug nicht berechtigt ist, so müssen wir nun betrachten, welches seine Stellung ist im Falle eines solchen unberechtigten Einschreitens.

Wir wollen zunächst auf das ältere Recht unser Augenmerk richten.

A) Hätte er im Falle seines Eingreifens der Gesellschaft Schaden zugefügt, so würde er haftpflichtig gemacht, obwohl er die diligentia quam suis beobachtet hatte [23]).

B) Wenn er aber Handlungen vorgenommen hätte, die der Gesellschaft zum Vorteile gereichten, so wird die Frage von den Schriftstellern verschieden behandelt: von manchen wird der betreffende nichtgeschäftsführende Gesellschafter

1) als negotiorum gestor angesehen [24]),

von anderen:

2) wie ein geschäftsführender Gesellschafter [25]).

---

22) Gleicher Ansicht Lehmann-Ring zu den §§ 115 und 116, 2 in seinem Kommentar zum H.G.B. v. Hahn, Kommentar zum H.G.B. 3. Aufl. Art. 93 § 8. Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum H.G.B. S. 204. Renaud S. 292. Hergenhahn S. 109. Anderer Ansicht Behrend in seinem Lehrbuch S. 491 Anm. 16; er nimmt an, dass im Zweifel bei Gefahr im Verzuge die Ausschliessung von der Geschäftsführung keine Geltung haben solle.

23) Vgl. Renaud S. 292. Hergenhahn S. 109ff.

24) So z. B. v. Hahn, Kommentar zum H.G.B. Art. 93 § 8. Puchelt, Kommentar zum H.G.B. Bd. I S. 170, 171.

25) So Kräwel in Buschs Archiv Bd. IV S. 4, 5. Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum H.G.B. Bd. II, S. 144.

Im heutigen Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs wird seine Stellung nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt[26]).

Dazu kommen die §§ 110 H.G.B., 677, 678, 679, 680, 683 B.G.B. in Betracht.

Der Nichtgeschäftsführende ist insbesondere berechtigt (§ 683 B.G.B.), jeden Schaden und alle Aufwendungen, die er dadurch erlitten hat, ersetzt zu verlangen.

Hätte er z. B. im Falle einer Überschwemmung oder Feuersbrunst eigenmächtig eingegriffen, so muss die Gesellschaft alle Geschäfte, die der Nichtgeschäftsführende zur Verhütung der Gefahr abgeschlossen hat, als für ihre Rechnung eingegangen gelten lassen; denn das Handeln des Gesellschafters hat offenbar dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn[27]) entsprochen (B.G.B. § 677 und 683).

V. Wir kommen nun zu dem Falle, dass der nichtgeschäftsführende Gesellschafter von dem Geschäftsführenden einen Auftrag erhält, eine Verrichtung für die Gesellschaft vorzunehmen.

Aus den §§ 713, 644—670 B.G.B. ergibt sich, dass die Geschäftsführung als gesellschaftliches Herrschaftsrecht[28]) vom Geschäftsführenden nicht übertragen

---

26) Vgl. Haidlen a. a. O. Bd. I S. 801: Ein Gesellschafter, welcher ohne Berufung durch den Gesellschaftsvertrag (§§ 707—711 B.G.B.) oder durch Mandat Geschäfte für die Gesellschaft führt, untersteht den allgemeinen Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag, was insbesondere auch im Falle des Eingreifens bei Gefahr im Verzug gilt. Vgl. auch Müller, Dissert. a. a. O. S. 19. Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II S. 403. Makower, Kommentar zum H.G.B. § 116. Renaud S. 298ff. Handw. der Staatswiss. Bd. 4 S. 1007. v. Górski S. 22 und S. 44 Anm. 1.

27) In unserem Falle ist die Gesellschaft der Geschäftsherr, vgl. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 490 und 491.

28) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. S. 388 Nr. 4. Goldschmidt, System des H.R. 4. Aufl. S. 134. Planck, Kommentar zum

werden kann, weder an einen Dritten, noch an einen nichtgeschäftsführenden Gesellschafter.

Wohl aber kann der Geschäftsführer mit der Verrichtung einzelner Geschäftsführungshandlungen einen Dritten oder einen Gesellschafter beauftragen[29]).

Wie ist nun in diesem Falle die Rechtsstellung des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters aufzufassen?

Anschütz in seinem Kommentar Bd. II Seite 143 führt aus: „Wenn der Geschäftsführende einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter mit der Vornahme eines Geschäfts für die Gesellschaft beauftragt, so wird damit insoweit die Ausschliessung des Gesellschafters von der Geschäftsführung beseitigt, und der Beauftragte tritt insoweit wieder in das Verhältnis eines geschäftsführenden Gesellschafters ein."

Diese Ansicht ist unseres Erachtens aus verschiedenen Gründen nicht zu billigen:

α) Wie wir im § 3 gesehen haben, kann die Entziehung der Geschäftsführung nur durch den Gesellschaftsvertrag wieder beseitigt werden; daher ist es nicht korrekt, wenn man annimmt, dass der blosse Auftrag eines Gesellschafters den Willen der Gesamtheit ersetzen könnte.

β) Wir haben ausserdem gefunden, dass der Geschäftsführende innerhalb seiner Befugnisse eine selbständige und unbeschränkte Stellung einnimmt, und dass er sich nach keines anderen Gesellschafters Weisungen zu richten braucht.

B.G.B. S. 463. Renaud S. 278. Otto Gierke in Schmollers Jahrbuch XIII, Heft I S. 242. E.R.G. II, S. 32. Cosack, Lehrbuch des H.R. S. 513.

29) Vgl. Thöl, Lehrbuch S. 329. Laband in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 30 S. 518. Handw. der Staatswiss. Bd. 4 S. 1007.

Eine derartige Geschäftsführungsbefugnis, wie sie sich Anschütz vorstellt, wäre aber ein direkter Widerspruch gegen den Begriff derselben, gegen ihr selbständiges und unbeschränktes Wesen — aus dem Grunde, weil der Beauftragte naturgemäss nach den Weisungen seines Auftraggebers zu handeln verpflichtet wäre [30]).

γ) Die Ansicht Anschütz' würde ferner zu der Annahme führen, dass die übrigen Gesellschafter das Recht hätten, gegen den nichtgeschäftsführenden Gesellschafter, der einen solchen Auftrag erhalten hat, klageweise vorzugehen, um ihn zur Verrichtung der Arbeit zu zwingen, wie sie es gegen einen Geschäftsführenden tun können; dass sie dazu kein Recht haben, ist einleuchtend, weil der Nichtgeschäftsführende durch den Ausschluss von der Geschäftsführung von dem Rechte und der Pflicht entbunden wurde, als Geschäftsführer zu fungieren [31]).

Daher meinen wir, dass in diesem Falle die Stellung des ausgeschlossenen Gesellschafters genau dieselbe ist, wie die eines Dritten, der einen Auftrag erhalten hat, etwas für die Gesellschaft zu verrichten; das Verhältnis wäre folglich nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.

Daraus (insbesondere aus den §§ 664 Abs. 1 Satz 1 verb. mit § 713 B.G.B.) ergibt sich aber, dass im Zweifel ein geschäftsführender Gesellschafter die ihm belassene Geschäftsführungsbefugnis nicht weiter übertragen kann und darf. Jedoch werden von dieser gesetzlichen Regel sehr oft die weitgehendsten Ausnahmen eingreifen nach der Natur des Vertragsverhältnisses. War nun in einem solchen Falle dem Geschäftsführer die Übertragung erlaubt, dann ist der so beauftragte nicht-

30) Gleicher Ansicht v. Górski a. a. O. S. 47 ff.

31) Vgl. Lehmann-Ring, Kommentar zum H.G.B. § 114 Nr. 4. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 114 Nr. 1. Stapenhorst S. 25.

geschäftsführende Gesellschafter nach Auftragsgrundsätzen zu beurteilen.

Von dieser „Übertragung“ der Geschäftsführung, von welcher im obigen gehandelt worden ist, ist übrigens scharf zu scheiden der Fall, dass sich der geschäftsführende Gesellschafter bei Ausführung seiner Dienstobliegenheiten des ausgeschlossenen Gesellschafters nur als eines blossen Gehilfen bedient. Der Unterschied der beiden Fälle tritt besonders darin zu Tage, dass im ersten Falle der geschäftsführende Gesellschafter nur haftet für sein eigenes Verschulden bei der Auswahl des ausgeschlossenen (B.G.B. § 664 Satz 2), während er im zweiten Falle auch für jedes Verschulden des ausgeschlossenen Gesellschafters haftet, als ob es sein eigenes Verschulden wäre (vgl. B.G.B. § 664 Satz 3 und § 278) [32]).

Der Ausschluss von der Geschäftsführung hat ferner nicht zur Folge, dass der ausgeschlossene Gesellschafter keine Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten dürfte. Prokura respektive Handlungsvollmacht bedeutet Bevollmächtigung nach aussen, und Vertretungsmacht kann theoretisch ein Gesellschafter haben, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist [33]).

§ 6.

Umfang des Ausschlusses von der Geschäftsführung im einzelnen.

Welche Wirkung der Ausschluss von der Geschäftsführung auf die Rechtsstellung des ausgeschlossenen

32) Vgl. Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. II S. 460 und 453. Renaud S. 296, 297. Stapenhorst S. 20. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 75. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 114 Anm. 5.

33) Vgl. Renaud S. 296, 282. Hergenhahn S. 124. Puchelt in Buschs Archiv Bd. VIII S. 403 ff. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II S. 191, 193.

Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft im allgemeinen hat, wurde bereits in dem vorigen Paragraphen ausgeführt.

Es bleibt nunmehr nur noch übrig zu behandeln, wie sich die Rechtsstellung des ausgeschlossenen Gesellschafters mit Bezug auf einzelne bestimmte Geschäftsführungsbefugnisse gestaltet. Diese bietet an und für sich wenig Stoff zu einer eingehenden juristischen Behandlung. Denn entweder hat er weder das Recht noch die Pflicht, in Bezug auf einen solchen einzelnen Punkt der Geschäftsführung tätig zu sein, wie dies ja die natürliche Folge seiner Stellung als eines ausgeschlossenen Gesellschafters ist, oder er wird dabei tätig wie ein nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossener, sei es, dass das Gesetz die betreffende Tätigkeit überhaupt nicht zur Geschäftsführung rechnet, sei es, dass das Gesetz den Ausgeschlossenen trotz seines Ausschlusses daran Anteil nehmen lässt (so z. B. vgl. oben § 5 S. 42, 43).

Im folgenden eine kurze, nicht erschöpfende Aufzählung derjenigen rechtlichen Beziehungen, in welchen nach gesetzlicher Bestimmung der ausgeschlossene Gesellschafter an Gesellschaftsangelegenheiten tätig Anteil nimmt, ebenso wie ein nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossener:

Pflicht zur Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister, sowie jeder wesentlichen Änderung derselben nach §§ 107, 108, 1.

Pflicht zur Anmeldung des Ausschlusses eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht sowie Änderungen derselben nach § 126 I.

Pflicht zur Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft respektive des Ausscheidens eines Gesellschafters nach § 143 Abs. 1 und 2.

Die Geltendmachung von eventuellen Ersatzansprüchen seitens eines Gesellschafters wegen Auf-

wendungen usw. im Interesse der Gesellschaft nach § 110. Die Haftung des Gesellschafters wegen eventueller gewisser Vertragswidrigkeiten nach § 111. Das Konkurrenzverbot nach § 113.

Der ausgeschlossene Gesellschafter nimmt Anteil an der Beschlussfassung über Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen Übertretung des Konkurrenzverbots nach § 113 Abs. 2. Bei aussergewöhnlichen Handlungen ist auch seine Zustimmung nötig nach § 116,2. Auch er kann gerichtlichen Antrag auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis resp. der Vertretungsmacht stellen nach §§ 117 und 127. Auch ihm steht das Kontrollrecht zu, wie jedem sonstigen Gesellschafter nach § 118.

Zu jeder Änderung des Gesellschaftsvertrages ist an und für sich auch seine Zustimmung nötig nach § 119.

Auch für ihn gelten die gewöhnlichen Vorschriften über Gewinn und Verlust nach §§ 120, 122.

Dass die Gesetzesbestimmungen, welche die eben aufgezählten Rechte und Pflichten des ausgeschlossenen Gesellschafters enthalten, regelmässig dispositiver Natur sind, haben wir schon früher erörtert; es erübrigt sich nunmehr nur noch, gewisse einzelne Punkte herauszugreifen, rücksichtlich welcher die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des ausgeschlossenen Gesellschafters einer eingehenden Betrachtung bedürfen; und zwar sollen im Folgenden als solche einzelnen Punkte behandelt werden:

1) Die Erteilung und der Widerruf der Prokura.

2) Die Ernennung eines General- resp. Spezialhandlungsbevollmächtigten.

3) Das Kontrollrecht, insbesondere das Recht der Einsichtnahme in die Bücher der Gesellschaft.

4) Das für die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft kraft Gesetzes bestehende Konkurrenzverbot.

I. *Die Erteilung und der Widerruf der Prokura.*

Es soll hier die Frage behandelt werden, ob und in welchem Maße der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter bei der Erteilung oder dem Widerruf der Prokura tätig zu sein berechtigt ist, oder von solchem Tätigsein ausgeschlossen ist.

Dieses eventuelle Tätigwerden kann, wenn der betreffende Gesellschafter Vertretungsmacht hat, bestehen in der Erteilung resp. in dem Widerruf der Prokura selbst.

Hat er aber keine Vertretungsmacht oder, was gleichbedeutend ist, gilt er auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber nach § 15 H.G.B. nicht als vertretungsberechtigt, so kann sein Tätigwerden nur bestehen in seiner Zustimmung zu der Erteilung resp. Widerruf der Prokura; denn wenn er keine Vertretungsmacht hat, dann kann, da die Prokuraerteilung resp. ihr Widerruf sich als ein mit einem Dritten d. h. dem Prokuristen abzuschliessendes Rechtsgeschäft darstellt, dies Rechtsgeschäft eben keine Wirkung haben, d. h. es kommt keine Prokuraerteilung resp. kein Widerruf zustande, mag der Gesellschafter nun gemäss dem inneren Verhältnis dazu befugt gewesen sein oder nicht.

α) Die Erteilung der Prokura würde, wenn im Gesetz darüber keine besondere Bestimmung getroffen worden wäre, jedenfalls zu den aussergewöhnlichen Geschäften zu rechnen sein, und sie würde also vom Standpunkte der Gesellschafter aus nur dann ordnungsmässig erfolgen können, wenn alle Gesellschafter, insbesondere auch die ausgeschlossenen Gesellschafter zugestimmt hätten (§ 116 Abs. 2 H.G.B.).

Jedoch auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes (§ 116 Abs. 3 H.G.B.) nimmt die Prokuraerteilung eine Zwischenstellung[1]) zwischen den gewöhnlichen und den aussergewöhnlichen Handlungen ein, insofern als bei einer Mehrheit von Geschäftsführenden die Mitwirkung aller dieser erforderlich ist[2]), d. h. alle diese zugestimmt haben müssen, damit sie im Sinne der Gesellschaft ordnungsmässig sei.

Nur bei Gefahr im Verzuge soll jeder geschäftsführende Gesellschafter allein die Prokura erteilen können; jedoch hat in diesem Falle eine derartige Prokuraerteilung nur einen provisorischen Charakter, ist daher sobald als tunlich durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen[3]). § 116,3 H.G.B.

Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter hat demgemäss kein Recht, bezüglich der Ernennung eines Prokuristen mitzuwirken (weder das Zustimmungs- noch das Ernennungsrecht).

Dass diese Vorschrift des § 116 Abs. 3, wie alle Rechtssätze des zweiten Titels nur dispositiven Charakter haben und folglich durch Gesellschaftsvertrag beliebig abgeändert werden können, ist schon früher erörtert worden. So kann insbesondere durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass auch der ausgeschlossene Gesellschafter mitzuwirken berechtigt sein soll. Aber mangels einer solchen Vertragsbestimmung hat der ausgeschlossene Gesellschafter kein Mitwirkungsrecht bei der Erteilung der Prokura. Die Literatur pflegt jedoch in einem ganz besonders gearteten Falle eine Ausnahme davon zu machen und

---

1) Vgl. v. Górski S. 77.

2) v. Górski will (S. 80) die mit beschränkter Geschäftsführung Ausgestatteten dabei beteiligen.

3) E.O.L.G. Dresden in der Zeitschrift f. d. g. H.R. Bd. 35 S. 230; vgl. auch Lehmann-Ring, Kommentar zum H.G.B. § 116 Anm. 3.

dem ausgeschlossenen Gesellschafter doch ein Mitwirkungsrecht zu geben. Es kann nämlich durch Gesellschaftsvertrag bestimmt sein, dass überhaupt keiner der Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis haben soll (vgl. oben S. 24 Anm. 4); diese wird vielmehr einem Nichtgesellschafter übertragen, der dann in der Regel auch mit Vollmacht ausgerüstet sein wird. Wenn nun für die Gesellschaft ein Prokurist bestellt werden soll, ergibt sich eine Schwierigkeit daraus, dass ein Prokurist gemäss §§ 48, 116 H.G.B. nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts, also nur von Gesellschaftern bestellt werden kann, diese aber im konkreten Falle sämtlich von der Geschäftsführung, also auch von der Prokuraerteilung ausgeschlossen sind. Die einschlagende Literatur sagt hier, dass in diesem Falle die Zustimmung aller[4]) Gesellschafter, obwohl sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, zur Prokuristen-Ernennung nötig sei; dass also alle Zustimmungsrecht haben.

Diese Ansicht, welche wohl gebilligt werden muss, ist einfach auf Grund folgender Erwägungen zu erklären.

Wenn die Gesellschafter, die ja vertragsmässig von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, mit dem Gedanken umgehen, einen Prokuristen zu bestellen, so beabsichtigen sie also, sich in dieser einen Beziehung wieder mit der Geschäftsführung zu befassen, also in dieser einen Beziehung von dem Gesellschaftsvertrage abzuweichen.

Dies können sie selbstverständlich, wenn der Gesellschaftsvertrag, wie es allerdings der Fall sein wird, vernünftiger Weise dahin auszulegen ist, dass die Bestellung eines Prokuristen doch vorbehalten sei, dann liegt übrigens gar keine eigentliche Abweichung vom

---

4) Vgl. Puchelt, Kommentar zum H.G.B. zu Art. 104.

Gesellschaftsvertrage vor. Aber wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich besagt, dass alle Gesellschafter von jeder irgendwie gearteten Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen sein sollen, dann können sie von diesem Gesellschaftsvertrag nur consensu omnium abweichen; denn der Beschluss über solch einmaliges Ausserkrafttreten des Gesellschaftsvertrages ist ja nichts anderes als selbst ein Gesellschaftsvertrag (vgl. oben S. 28 Anm. 3), wozu allerdings die Zustimmung aller Gesellschafter nötig ist. Bei dieser Ernennung eines Prokuristen resp. bei der Mitwirkung zu dieser hat der ausgeschlossene Gesellschafter mit Sorgfalt vorzugehen. Hat er diese Auswahl resp. die Zustimmung zu dieser nicht mit der Sorgfalt vorgenommen, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so haftet er den übrigen Gesellschaftern für den daraus resultierenden Schaden (B.G.B. § 708). Ausser dieser einen Ausnahme, die allerdings nur scheinbar eine solche ist, hat der ausgeschlossene Gesellschafter kein Mitwirkungsrecht bei der Bestellung eines Prokuristen. Wenn er daher sonst einen Prokuristen ernennt[5]), handelt er vertragswidrig und ist gegebenenfalls nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag zu behandeln[6]).

Hat er daher ohne dringenden Anlass einen Prokuristen ernannt, so dass diese Ernennung nicht dem Interesse und Willen der Gesellschaft im Sinne des § 677 B.G.B. entspricht, so hat er der Gesellschaft allen Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch die Tätigkeit dieses Prokuristen entsteht, mag er auch diesen Pro-

---

5) Wozu er selbstverständlich Vertretungsmacht haben muss; diese deckt sich dann nicht mit seiner gesellschaftlichen Befugnis nach innen.

6) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. S. 370.

kuristen noch so sorgfältig ausgewählt haben (B.G.B. § 678).

Ein solcher Schaden kann insbesondere dadurch entstehen, dass der Prokurist für die Gesellschaft unvorteilhafte schadenbringende Geschäfte abschliesst; jedoch ist hierbei zu beachten, dass die Schadensersatzpflicht des ausgeschlossenen Gesellschafters sich mindert oder auch sogar ganz cessiert, wenn ein gleichzeitiges Verschulden des geschäftsführenden Gesellschafters konkurriert (B.G.B. § 254), welches insbesondere darin liegen kann, dass letzterer den ja jederzeit möglichen Widerruf der Prokura trotz Kenntnis unterlässt. Hat aber der ausgeschlossene Gesellschafter den Prokuristen ernannt dem Interesse und Willen der Gesellschaft entsprechend (B.G.B. § 677), so haftet er zwar für die Auswahl des Prokuristen mit omnis diligentia, ja bei Gefahr im Verzug sogar nur für culpa lata (B.G.B. § 680), nicht aber für den Schaden, den der Prokurist durch Abschluss schadenbringender Geschäfte der Gesellschaft zufügt. Vielmehr ist dafür der Geschäftsführende eventuell verantwortlich zu machen, da derselbe als mit dem gesamten Geschäftsbetrieb betraut, zur Aufsicht über andere, insbesondere zur Aufsicht über die Tätigkeit des Prokuristen verpflichtet ist[7]).

β) Der Widerruf der Prokura ist viel einfacher gestaltet; er wird vom Standpunkte des Gesetzes aus als eine in den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb fallende Maßregel betrachtet. Daher ist zum Widerruf nicht die Mitwirkung aller mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter nötig, wie bei der Erteilung, sondern jeder Geschäftsführende ist befugt, allein die

7) Vgl. B.G.B. §§ 664—670, 713, 278. Renaud S. 254, 281, 282. Hergenhahn S. 127. Lehmann-Ring, Kommentar zum H.G.B. zu § 116 Nr. 8.

Prokura zu widerrufen und zwar so, dass kein anderer Geschäftsführender auch nur ein Veto dagegen einlegen kann. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ist nie befugt, die Prokura zu widerrufen, auch nicht in dem Falle, wo alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, wie man manchmal in der Literatur zu sagen geneigt ist. Zwar könnte man dies im ersten Augenblick aus dem § 116 Abs. 3 Satz 2 H.G.B. folgern wollen; denn bei der Erteilung der Prokura haben, wie wir oben sahen, alle von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter trotz ihres Ausschlusses das Recht, mitzuwirken.

Da nun gemäss dem Wortlaut des § 116 Abs. 3 Satz 2 H.G.B. jeder Gesellschafter, der zur Erteilung resp. Mitwirkung bei der Erteilung der Prokura befugt ist, allein zum Widerruf berechtigt ist, so könnte man daraus folgern, dass der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter trotz dieses Ausschlusses allein die Prokura widerrufen kann.

Diese Folgerung ist aber unrichtig nach unserer Ansicht; denn dass die ausgeschlossenen Gesellschafter trotz ihres Ausschlusses doch consensu omnium einen Prokuristen ernennen können, folgt, wie oben dargelegt, daraus, dass gemäss unserer Annahme es so angesehen werden muss, als ob vorher ein Gesellschaftsvertrag einstimmig vereinbart worden sei, durch welchen der an und für sich weiter bestehende Ausschluss von der Geschäftsführung in dieser einen Beziehung aufgehoben wird. Die ausgeschlossenen Gesellschafter haben also ihr Mitwirkungsrecht bei der Erteilung nicht trotz ihres Ausschlusses, sondern kraft eines diesen (Ausschluss) partiell aufhebenden Gesellschaftsvertrages, der Konsens aller verlangt. Folglich kann ein ausgeschlossener Gesellschafter an

und für sich nicht widerrufen, sondern erst dann, wenn ein einstimmig zu fassender Gesellschaftsvertrag vereinbart worden ist, der die kraft Gesetzes bestehende Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter in dieser einen Beziehung wieder herstellt.

Ist dies aber geschehen, dann ist zum Widerruf allerdings nicht Zustimmung aller nötig, sondern ist jeder Einzelne zum Widerruf befugt, wie § 116 Abs. 3 Satz 2 sagt.

Diese Behandlung des Widerrufs in dem Falle, wo alle Gesellschafter ausgeschlossen sind, ist in keiner Hinsicht für die Gesellschaft gefährlich; denn wenn es einmal not tun sollte, die Prokura schnell zu widerrufen, z. B. weil der Prokurist dolos zum Nachteil der Gesellschaft handelt, so ist es nicht unbedingt nötig, dass ein solcher, von uns prinzipiell erforderter, consensu omnium zu fassender Gesellschaftsbeschluss vereinbart wird, und zu diesem Zwecke alle ausgeschlossenen Gesellschafter herbeieilen müssen, was sehr zeitraubend sein kann.

Gegen eine solche gefahrdrohende Eventualität schützen selbstverständlich die Vorschriften von der auftraglosen Geschäftsführung; denn bei Gefahr im Verzug kann sicherlich der ausgeschlossene Gesellschafter, ohne damit gesellschaftswidrig zu handeln, die Prokura allein widerrufen[8]), wenn dieser Widerruf dem Interesse und Willen der Gesellschaft entsprechend ist (B.G.B. § 667). Ein solcher Widerruf hat den Charakter einer provisorischen Maßregel, die später durch Beschluss der Gesellschafter definitiv zu bestätigen ist. Abgesehen von diesem Falle, ist der ausgeschlossene Gesellschafter nicht zum Widerruf berechtigt; auch in dem Falle, wo der ausgeschlossene

8) Seine Vertretungsmacht vorausgesetzt.

Gesellschafter als Geschäftsführer ohne Auftrag und zwar befugter Weise (B.G.B. 667) die Prokura erteilt hat, darf man nicht auf Grund des Wortlautes von § 116 Abs. 3 Satz 2 ihm auch das Widerrufsrecht gestatten. Wenn allerdings der ausgeschlossene Gesellschafter als Geschäftsführer ohne Auftrag unbefugt, d. h. gegen Interesse und Willen der Gesellschaft einen Prokuristen ernannt hat, dann wird man ihn auch zum Widerruf für berechtigt halten müssen, aber nicht etwa auf Grund von § 116 Abs. 3 Satz 2 H.G.B., sondern weil sich dies als eine dem Interesse und Willen der Gesellschaft entsprechende auftraglose Geschäftsführung darstellt.

II. *Die Bestellung eines General- resp. Spezialhandlungsbevollmächtigten.*

Hierauf können die für die Prokura geltenden Vorschriften § 116 Abs. 3 H.G.B. nicht analog angewendet werden, sondern es greifen hier die gewöhnlichen Vorschriften des § 116 Abs. 1 und 2 H.G.B. ein.

Danach ist die Frage, ob und in welchem Maße der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ein Mitwirkungsrecht bei der Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten hat, verschieden zu beantworten, je nachdem diese Bestellung zu den gewöhnlichen Betriebsgeschäften gehört oder nicht. Ein ausserhalb des gewöhnlichen Betriebs liegendes Geschäft liegt wohl dann vor, wenn es sich z. B. um die Bestellung eines Generalhandlungsbevollmächtigten, oder wenn es sich um die Bestellung eines Spezialhandlungsbevollmächtigten mit ungewöhnlich hohem Gehalt oder auf ungewöhnlich lange Zeit handelt[9]), wohl auch dann, wenn die Geschäfte selber, zu deren

9) Staub, Kommentar zum H.G.B. § 116 Anm. 12.

Vornahme der Spezialbevollmächtigte bestellt ist, ungewöhnlicher Natur sind[10]). In diesen Fällen gibt das Gesetz (§ 116 Abs. 2) dem ausgeschlossenen Gesellschafter doch ein Zustimmungsrecht.

Diese seine Zustimmung hat er mit der Sorgfalt zu geben, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (B.G.B. § 708), widrigenfalls er sich schadensersatzpflichtig macht[11]).

Liegt jedoch diese Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten im Bereich des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes, so ist der ausgeschlossene Gesellschafter zu keiner Mitwirkung berechtigt (§ 116 Abs. 1 H.G.B.). Der Widerruf der einen solchen Handlungsbevollmächtigten erteilten Vollmacht ist ganz analog zu behandeln. Auch greifen, sowohl bezüglich der Erteilung als auch bez. des Widerrufs zu Gunsten und Ungunsten des ausgeschlossenen Gesellschafters die Vorschriften über auftraglose Geschäftsführung ein, in ganz ähnlicher Weise wie wir dies bei der Prokura angeführt haben.

III. *Das Kontrollrecht des ausgeschlossenen Gesellschafters.*

Das Recht der Kontrolle steht nach unserem Gesetze (§ 118 H.G.B.) einem jeden Gesellschafter zu, sowohl dem geschäftsführenden als auch insbesondere dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter[12]). Dieses Kontrollrecht schliesst in sich das Recht, die Geschäftsräume, sowohl die technischen als auch die Bureauräume, zu betreten, in die sämt-

10) Vgl. überhaupt die Kommentare zum H.G.B. von Lehmann-Ring, Staub, Makower zum § 116 H.G.B.

11) Vgl. oben S. 34 und Anm. 18 daselbst.

12) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 118 Anm. 3, und überhaupt die Kommentare zum H.G.B. von Goldmann, Makower, Lehmann-Ring zu § 118 H.G.B.

lichen Geschäftsbücher der Gesellschaft Einsicht zu nehmen, sich Bilanzen anzufertigen usw., um einen Überblick in den Vermögensstand und Geschäftsgang der Gesellschaft zu gewinnen. Jedoch kann dies Kontrollrecht einem Gesellschafter vertragsmässig entzogen sein; aber vernünftigerweise wohl nicht einem geschäftsführenden Gesellschafter, weil er ja ohne solche Einsicht in den Geschäftsgang die ihm obliegenden Geschäfte gar nicht zweckentsprechend führen könnte. Dieser vertragsmässige Ausschluss des Kontrollrechts ist daher vernünftigerweise nur möglich bei einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter; und deshalb wird hier von dem Kontrollrecht gehandelt. Der vertragsmässige Verzicht auf das Kontrollrecht wird wirkungslos, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt (H.G.B. § 118,2). Nicht nötig ist, wie es noch das alte H.G.B. Art. 105 verlangte, geradezu ein voller Beweis der Unredlichkeit, sondern es genügt der Beweis, dass solche Tatsachen vorliegen, auf Grund deren der Verdacht einer unredlichen Geschäftsführung gerechtfertigt ist. Wann unredliche Geschäftsführung vorliegt, ist Tatfrage; jedoch ist der Begriff der „Unredlichkeit“ viel weiter zu fassen als der Begriff des Betruges, der Unterschlagung, oder einer sonstigen strafbaren Handlung; es genügt vielmehr jede bewusste Benachteiligung des Gesellschaftsinteressen zu eigenem oder fremdem Vorteil[13]).

Der Grund für diese Bestimmung, dass nämlich in diesem dringenden Falle der vertragsmässige Verzicht auf das Kontrollrecht wieder ausser Kraft tritt, ist wohl in dem § 38 H.G.B. zu finden. Danach liegt jedem Kaufmann, also auch jedem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft die Pflicht ob, ordentliche

---

13) Staub, Kommentar zum H.G.B. § 118 Anm. 5.

Bücher zu führen, resp. für ordentliche Buchführung zu sorgen. Dies ist eine Pflicht, nicht sowohl im Interesse des Kaufmanns selber, als vielmehr im Interesse des Publikums; es ist also eine öffentlich rechtliche Vorschrift, deren Befolgung indirekt erzwungen wird durch die eventuell eingreifenden Strafvorschriften des K.O. § 239—241.

Denn auch ein solcher vom Kontrollrecht ausgeschlossener Gesellschafter kann im Falle einer unordentlichen Buchführung strafbar sein, für den Fall selbstverständlich nur, dass ihn ein Verschulden trifft[14]), z. B. er kennt die Unrichtigkeit der Buchführung oder hat wenigstens Verdacht und ergreift nicht die nötigen Maßregeln.

Dass von einer solchen öffentlich rechtlichen Pflicht der Gesellschafter, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene, durch privaten internen Verzicht auf das Kontrollrecht sich nicht befreien kann, liegt auf der Hand. Private Vereinbarungen, welche dazu führen, die Erfüllung einer öffentlich rechtlichen Pflicht unmöglich zu machen, sind eben nichtig, und eine solche Nichtigkeit statuiert der Gesetzgeber, von diesem Gedanken geleitet, in unserem Absatz 2 des § 118 H.G.B.[15]) Manche Schriftsteller befreien den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, der auf sein Kontrollrecht verzichtet hat, von der Verantwortlichkeit, weil er eben kein Recht und daher keine Pflicht zur Kontrolle hätte[16]). Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da eben gerade für den Fall, in welchem das

---

14) Vgl. Förtsch, Kommentar zum H.G.B., bearbeitet von Puchelt, 4. Aufl. Art. 28 des alten H.G.B. Anm. 1. Vgl. auch E.R.G. in Strafsachen XXIX, S. 308. Vgl. auch Staub, Kommentar zum H.G.B. zu § 38 Anm. 3 und 4.

15) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 38 Anm. 3.

16) Düringer-Hachenburg a. a. O. I, S. 150.

Kontrollrecht wichtig wird, nämlich für den Fall, wo Verdacht einer unredlichen Geschäftsführung vorliegt, der betreffende vertragsmässige Verzicht auf das Kontrollrecht nichtig ist.

IV. *Die Stellung des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters zum Konkurrenzverbot.*

Vom Konkurrenzverbot ist nicht nur der Geschäftsführende, sondern insbesondere auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter betroffen; letzterer um deswillen, weil auch er in die Geschäftsbücher einzusehen befugt ist, und diese Befugnis sogar in dringenden Fällen vom Gesetz als unverzichtbar angesehen wird (vgl. oben unter III). Das Konkurrenzverbot hat den Inhalt, dass kein Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen Mitgesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen darf.

Wenn nun der Gesellschafter dieses Konkurrenzverbot übertritt, so ist er verpflichtet, entweder die Gesellschaft zu entschädigen, oder die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten zu lassen, und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herauszugeben, resp. den Anspruch auf die Vergütung der Gesellschaft abzutreten (Eintrittsrecht).

Im älteren Recht hat die Geltendmachung dieses Anspruchs zu einer Kontroverse geführt:

Renaud S. 395 ff., v. Hahn, Kommentar zum alten H.G.B. S. 340 zu Art. 97, v. Górski S. 82 erblickten in der Geltendmachung dieses Anspruchs einen Akt der gewöhnlichen Geschäftsführung und verlangten, dass zur Geltendmachung dieses Anspruchs der Wille eines geschäftsführenden Gesellschafters genügend sein solle. —

Lastig (in Endemanns Handb. S. 376), Behrend in seinem Lehrbuch S. 496 Anm. 7 standen auf einem entgegengesetzten Standpunkte. Sie fassten diese Geltendmachung auf als eine über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehende Handlung und erachteten einen Beschluss aller Gesellschafter für nötig. Das heutige Recht steht auf folgendem Standpunkt: damit die Geltendmachung des Anspruchs ordnungsmässig sei, müssen alle Gesellschafter, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene [17]), übereinstimmen, natürlich mit Ausnahme desjenigen, welcher dem Verbote zuwider gehandelt hat (§ 113 Abs. 2 H.G.B.).

Die Geltendmachung dieses Anspruchs gegen den kontravenierenden Gesellschafter, insbesondere auch die Erklärung, ob Schadensersatz oder Eintritt gemäss § 113 Abs. 1 gewählt wird, erfolgt als aussergerichtliche durch den geschäftsführenden Gesellschafter [18]), auch wenn er keine Vertretungsmacht hat; denn die aussergerichtliche Geltendmachung eines gegen einen Mitgesellschafter als solchen sich richtenden Anspruchs ist Akt der Geschäftsführung. Wenn allerdings gegen den betreffenden Gesellschafter klageweise vorgegangen werden soll, so muss der im Namen der Gesellschaft prozessierende Gesellschafter Vertretungsmacht haben, da die Prozessführung ein nach aussen wirkender Akt ist.

17) Vgl. Denkschrift S. 84. Lehmann, Das Konkurrenzverbot, Dissert. a. a. O. S. 27, 43.

18) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 113 Anm. 1 und 2.